

SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO

SUBSEÇÃO I – DIREITO CONSTITUCIONAL

1. ARTIGOS

1.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE QUOTAS – ESTUDO COMPARADO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O NORTE AMERICANO

CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA

Mestrando em Direito Comparado pela Cumberland School of Law,
Samford University, Alabama, USA

Pós-Graduado em Direito Civil pela Escola Judicial do TJMG
Juiz de Direito na Comarca de Passos/MG.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Explicação histórica das desigualdades e evolução do Direito. 3. Decisões da Suprema Corte Americana. 4. Decisão do Supremo Tribunal Federal e Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional. 5. Críticas e sugestões com base no princípio da isonomia: ausência de objetividade. 6. Superação dos preconceitos e concretização da Constituição. 7. Conclusão.

1. Introdução

Como é sabido, o Brasil e os Estados Unidos da América têm em comum um passado colonial. Além disso, ambos são países de dimensões continentais e que receberam imigrantes das mais variadas partes do mundo durante o processo de formação das Nações, gerando populações bastante diversificadas. Nos dois países traços políticos, culturais e sociais evidenciam que ambas as sociedades são multicoloridas.

Nada obstante, a pluralidade étnica atingida nas duas Nações produziu ao menos uma nefasta consequência em comum: o racismo, revelado principalmente pela constatação de que nos dois países as sociedades ainda são desiguais e sectárias, especialmente no que tange à obtenção e ao exercício do poder político e intelectual.

Constitui fato notório que em ambos ainda existe uma desproporcional concentração do poder político e do acesso ao ensino, especialmente o superior, nas mãos da população cuja cor da pele é branca, sendo que as minorias negras, indígenas, de origem asiática e outras como, por exemplo, os chamados latinos ou hispânicos na América do Norte, ainda são consideradas sub-representadas, levando-se em consideração o número proporcional de habitantes das referidas minorias no total da população dos países.

A omissão do Poder Público ao não fornecer uma educação pública e gratuita de qualidade é que seria reconhecidamente culpada pela desproporcionalidade ainda existente, especialmente, entre brancos e negros. Por esse motivo, alguns sustentam a necessidade de ações oficiais chamadas afirmativas, as quais buscam atingir uma diversidade que represente de maneira mais proporcional todas as etnias, permitindo a mais ampla participação democrática e porque não dizer *colorida* no processo de condução dos interesses políticos, sociais e de comando das Nações.

Garner (2006), Editor Chefe do Dicionário Jurídico Blacks, uma das mais conceituadas fontes secundárias do Direito Americano, conceitua as ações afirmativas como sendo um conjunto de ações designadas para eliminar a discriminação existente e contínua, remediar os efeitos procrastinadores da discriminação passada e criar sistemas e procedimentos para prevenir a discriminação futura.

2 Explicação histórica das desigualdades e evolução do Direito

Não há dúvida de que a população negra ficou extremamente estigmatizada em decorrência da escravidão. Nada obstante, na antiguidade clássica já existiam referências ao escravagismo em decorrência de um processo de subjugação, sendo que havia a descrição de Aristóteles do homem *escravo por natureza*, ou seja, escravos seriam aqueles seres inferiores, de costumes bárbaros e inumanos.

Uma das conseqüências mais abomináveis do racismo é que ele identifica os integrantes da população cuja cor da pele é escura como pessoas de segunda classe, inferiores e incapazes, aptas tão-somente à realização de trabalho braçal desimportante. Textos legais segregadores infelizmente são aptos a produzir referidos efeitos.

No Brasil, como é sabido, a abolição da escravatura aconteceu com a proclamação da Lei Áurea pela Princesa Isabel, em 13 de maio de 1888, especialmente por pressão externa, culminando com a queda da Monarquia e a criação de uma República Federativa. Apesar de ter sido o último país do mundo a abolir a escravatura, após fazê-lo não mais editamos leis diferenciando as pessoas tão-somente com base na cor da sua pele.

O caminho dos Estados Unidos foi totalmente diferente. A principal causa da guerra civil lá acontecida foi à divergência relativa à abolição da escravatura. Referida guerra foi a mais traumática e sangrenta de todos os tempos para a maior potência do mundo dos dias atuais. No banho de sangue verificado morreram mais de setecentos mil soldados americanos, o maior número de combatentes que os Estados Unidos já perderam em todos os tempos, inclusive somando o número total de soldados

mortos em todas as outras guerras nas quais o país já participou. Após o encerramento do conflito, os derrotados estados do sul demoraram décadas para se reerguerem economicamente. Não é difícil perceber que as consequências do ódio racial não se apagaram imediatamente após o encerramento do conflito.

Após a vitória dos estados do norte foi editada a 13ª emenda à Constituição Americana em 1865, vedando expressamente a escravidão em todo o território sob a jurisdição americana. Já a emenda nº 15 fora ratificada em 1870, proibindo que se denegasse o direito de voto para todos os cidadãos americanos, independentemente de sua raça, cor ou prévia condição de submissão.

Porém, a realidade prática não era exatamente um reflexo da suposta igualdade jurídica proporcionada pela Constituição Americana, de 1789. O Congresso aprovou a lei chamada Ato de Direitos Cíveis de 1875, assegurando que a todos, independentemente de raça, cor ou prévia condição de submissão, seria assegurado o mesmo tratamento em todos os estabelecimentos públicos. Nada obstante, a Suprema Corte Americana, nos chamados Civil Right Cases¹ decidiu que o Congresso não teria poder para legislar sobre matérias cuja competência seria do legislador estadual, mas apenas para providenciar ajustes contra as legislações e atos oficiais estaduais que subvertissem os direitos fundamentais previstos na Constituição; por esse motivo o Ato dos Direitos Cíveis, de 1º de março de 1875, prevendo que todas as pessoas receberiam igual tratamento em estabelecimentos públicos, etc., e que haveria imposição de penalidades sobre aqueles que violassem referido ato, seria inconstitucional. A Suprema Corte decidiu que a 14ª emenda que impunha a igualdade de proteção somente se aplicaria contra ações discriminatórias provenientes dos governos estaduais e não protegeria contra discriminações particulares.

Aqui vale uma consideração muito relevante sobre a Federação Americana, cuja técnica de repartição das competências é diferente da técnica brasileira. Desde a primeira reunião dos delegados enviados à Filadélfia ficou mais do que estabelecido que o Congresso Nacional Americano teria apenas os poderes enumerados na Constituição, especialmente no art. 1º, seção n. 8. Além disso, a emenda de n. 10 estabelece que os poderes que não foram delegados aos Estados Unidos pela Constituição, ou seja, ao Governo Central, nem vedados pelo Texto Constitucional para os Estados, são reservados respectivamente aos Estados ou para o povo. Assim, nos Estados Unidos da América, o Povo, legitimador maior da Carta Política, tem expressamente reconhecido no Texto Constitucional determinada parcela de Poder, o que constitui sem sombra de dúvida um importante reconhecimento à importância do cidadão na sociedade americana.

¹ Civil Rights Cases 109 U.S. 3.

Com o passar do tempo, especialmente nos estados do sul dos Estados Unidos, foram surgindo as *Jim Crow Laws*, as quais eram assim chamadas em decorrência da existência de um personagem caricato, caipira e maltrapilho, negro e trabalhador rural. Referidas leis discriminatórias foram utilizadas em larga escala especialmente para dar suporte à segregação racial. Sintetizando, referidas leis exigiam, por exemplo, que os brancos e os negros utilizassem bebedouros públicos separados, freqüentassem escolas públicas e banheiros públicos separados, além de bibliotecas, restaurantes, ônibus e outros meios de transporte público diversos.

A Suprema Corte Americana decidiu no caso chamado *Plessy v. Ferguson*² que uma lei da Louisiana que previa lugares separados em vagões da estrada de ferro seria constitucional. Esse decisório legitimou as *Jim Crow Laws* e permitiu a conclusão de que elas seriam constitucionais, porquanto assimilariam o conceito de acomodações públicas separadas mas iguais, ou seja, brancos e negros tinham, ao menos em tese, o mesmo tratamento, desde que em locais diferentes.

Entretanto, especialmente durante o século passado, aconteceram vários boicotes contra a discriminação contida nos textos legais, além de manifestações públicas. Ressalte-se o caso de Rosa Parks, uma mulher afro-americana, a qual se recusou a se levantar de um ônibus e ceder o seu lugar para que um homem branco sentasse. Um dos mais reconhecidos ativistas dos direitos civis de todos os tempos foi o reverendo negro Martin Luther King, Jr. A sua ação e outras levaram a edições de várias leis bem como de decisões judiciais que buscavam a igualdade e o fim da segregação.

Porém, somente em 1964, o Congresso Americano resolveu invalidar a legislação estadual de segregação, invocando a competência legislativa federal para disciplinar o comércio (*Commercial Clause*) e aprovou o Ato de Direitos Civis de 1964, que revogou as discriminações em estabelecimentos e acomodações públicas, restaurantes, hotéis, lojas, escolas e locais de trabalho. A Suprema Corte, dessa feita, afirmou a constitucionalidade do novo ato ao decidir o caso *Heart of Atlanta Motel v. United States*³.

Em suma, apenas no meio da década de 1960 é que os Estados Unidos se viram livres de leis separando as pessoas objetivamente com base no critério cor da pele. Porém, de fato, até hoje existem na América do Norte bairros praticamente habitados por pessoas da mesma etnia.

² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.

³ *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.* 379 U.S. 241.

3. Decisões da Suprema Corte Americana

A inconstitucionalidade do sistema de quotas é mais do que reconhecida nos Estados Unidos. Primeiro, é mister ressaltar que a Suprema Corte Americana decidiu, por maioria, no julgamento do recurso envolvendo *Regents of The University of California v. Bakke*⁴, que a separação de determinado número de vagas para minorias raciais ingressarem na escola de medicina da Universidade da Califórnia, ou seja, o sistema de quotas, era inconstitucional.

O voto condutor proferido pelo Ministro Powell distinguiu entre o uso de quotas, considerado inconstitucional por violar a cláusula de igualdade de proteção prevista na 14ª emenda da Constituição. A Corte decidiu por cinco votos contra quatro que a análise sobre a raça pode ser um, mas não o único, dos vários fatores a serem considerados para efeito de admissão na faculdade. O Ministro Powell decidiu que as quotas isolam as minorias raciais dos demais candidatos e são inconstitucionais porque causam discriminação contra todos os demais concorrentes.

Posteriormente, em 2003, a Suprema Corte Americana decidiu outro caso novamente por estreita maioria de cinco votos contra quatro, assimilando mais uma vez o entendimento da inconstitucionalidade das quotas. *Grutter v. Bollinger*⁵ é um caso decidido pela Suprema Corte Americana no qual ficou reconhecida a constitucionalidade da política de ações afirmativas da Escola de Direito da Universidade de Michigan. A decisão assimilou o entendimento de que uma escola de direito pública poderia se basear também na cor da pele de determinadas minorias sub-representadas como sendo um dos critérios aptos a influir na decisão de admissão dos alunos. Porém, o teste de admissão tinha de ser considerado estritamente elaborado e levar em consideração outros fatores como, por exemplo, a nota obtida no exame nacional de admissão nas escolas de direito, a nota média obtida pelo aluno revelada pelo seu histórico escolar, além de uma declaração de mão própria esclarecendo porque o candidato iria contribuir para o progresso da escola de direito. Nesse sentido, o programa de admissão da Universidade de Michigan que concedeu determinado número de pontos a título de bônus para certas minorias raciais sub-representadas não violaria a igualdade de proteção. O argumento principal é que a obtenção de um corpo estudantil diversificado seria uma justificativa pública suficiente e um interesse a ser atingido pela Universidade, o que não violaria a 14ª Emenda nem o Ato dos Direitos Civis. A Ministra O'Connor's proferiu o voto condutor novamente reafirmando que o sistema das quotas, só por si, não poderia ser usado, conforme decidido vinte e cinco anos

⁴ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265.

⁵ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 2003.

antes no caso *Bakke v. California*, já mencionado, bem como ressaltando que às vezes no futuro, talvez vinte e cinco anos depois da decisão proferida em *Grutter*, as ações afirmativas raciais não poderiam ser mais admitidas sob o argumento de promover a diversidade. Essa afirmação sofreu inúmeras críticas nos Estados Unidos da América, pois, especialmente na América do Norte não se admite interpretação diferente da Constituição apenas com base na passagem do tempo. A redação da Constituição não muda simplesmente porque o tempo passou.

Assim, pode se afirmar sem sombra de dúvida que a decisão do caso *Grutter* largamente sustentou a posição afirmada pelo Ministro Powell vinte e cinco anos no caso *Regents of the University of California v. Bakke*. É importante lembrar também que no caso *Gratz v. Bollinger*⁶ foi afirmado, por seis votos contra três, que outra política de quotas da Universidade Estadual de Michigan de acesso a cursos superiores violou a cláusula de igualdade de proteção prevista na 14ª Emenda ao simplesmente aumentar automaticamente a nota obtida no sistema de seleção para todas as minorias raciais ao invés de fazer considerações individuais mais específicas.

É mister frisar que, no Brasil, o critério de aprovação para a faculdade é tão-somente a nota obtida no vestibular, enquanto nos Estados Unidos é feita uma avaliação da vida social do candidato, entre outros fatores, sendo o exame por eles feito muito mais subjetivo do que a objetividade vigente no Brasil.

4. Decisão do Supremo Tribunal Federal e Projetos de Lei em Tramitação no Congresso Nacional

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.09.2003 fez um dos julgamentos mais importantes de toda a história da República ao apreciar o HC 82424/RS, impetrado em benefício do paciente Siegfried Ellwanger, no qual restou decidido que escrever, editar, divulgar e comerciar livros “[...] fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei n.º 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei n.º 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). A ementa já contém excelentes considerações, sendo o conteúdo do voto extenso, o que se considera recomendável, em consequência da relevância da matéria decidida. Um dos principais argumentos adotados pela Corte é que com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo

⁶ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 2003.

meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Também foi ressaltada a adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, *negrofobia*, *islamafobia* e o anti-semitismo. Afirmou-se, ainda, que no estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.627/04, o qual foi apensado ao Projeto de Lei n.º 73/99. O antes mencionado Projeto de Lei Institui Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências. O seu art. 1º diz que as instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Já o art. 2º determina que em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. “Parágrafo único. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do *caput*, as remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.” O art. 5º prevê uma revisão em dez anos do sistema especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior.

Na mensagem assinada eletronicamente por Tarso Fernando Herz Genro, é afirmado que desde 1967 o Brasil é signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas. Também é dito que na Convenção o Estado brasileiro comprometeu-se a aplicar as ações afirmativas como forma de promoção da igualdade para inclusão de grupos étnicos historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social.

Ressaltou-se, ainda, que o Projeto de Lei antes citado adota a política de cotas de forma racional ao distribuí-las pela composição étnico racial das unidades federativas. Ainda,

diz-se que, ao mesmo tempo, é feita a combinação de critérios de inclusão por razões específicas de etnia com critérios universais de renda para acesso ao ensino público superior. Assim também seria assegurado o ingresso nas universidades públicas aos estudantes egressos do sistema público de ensino fundamental e médio. Foi afirmado que era imperioso que uma lei regulamentando cotas para negros, indígenas e alunos oriundos da escola pública garantisse em sua dinâmica, não só o ingresso, mas a permanência desses alunos até a conclusão dos cursos.

5. Críticas e sugestões com base no princípio da isonomia: ausência de objetividade

O art. 3º da Constituição Federal estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo importante mencionar o conteúdo do inciso IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de *discriminação*. Já o art. 5º, *caput*, primeira parte, da Constituição da República, diz que todos são iguais perante a lei, sem *distinção* de qualquer natureza.

No campo axiológico, ao menos em tese, tudo está já devidamente resolvido. Nada obstante, a realidade é que o Brasil é o país mais desigual do mundo e que aqui a pobreza preferencialmente tem cor. A redação atual do § 3º do art. 5º da Constituição da República estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. O art. 60, § 4º, IV, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

O artigo 26, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948, estabelece que toda pessoa tem direito à educação. A educação será gratuita, pelos menos nos graus elementares e fundamentais. A educação elementar será obrigatória. A educação técnico-profissional será acessível a todos, bem como a educação superior, esta baseada no *mérito*.

No Dicionário Aurélio Eletrônico, o termo *mérito* é indicado como sendo originário do latim e está associado ao sinônimo de merecimento, cuja definição consiste em: “1.Qualidade que torna alguém digno de prêmio, estima, apreço, ou de castigo, desprezo, etc. 2.Valor, importância: o merecimento do livro. 3.Superioridade, excelência. 4.Capacidade, habilitação, inteligência, talento, aptidão”.

Realizando pesquisa na legislação brasileira que dispõe sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, localizei o Decreto Federal nº 63.223, de 6 de

setembro de 1968, exarado pelo Presidente da República. No sítio do Governo Federal é informado que não consta revogação expressa do referido Decreto, significando que ele está plenamente em vigor. No mencionado Decreto é reconhecido que o Congresso Nacional aprovou pelo decreto legislativo n. 40 (*), de 1967, a Convenção à luta contra a discriminação no campo do ensino, adotada a 15 de dezembro de 1960, pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Na declaração é lembrado que a Declaração universal dos direitos do homem afirma o princípio de não *discriminação* e proclama o direito de toda pessoa à educação, bem como que a *discriminação* no campo do ensino constitui violação dos direitos enunciados na Declaração. O artigo I da Convenção diz que o termo *discriminação* abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de *raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica* ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino.

Verifica-se claramente que a mensagem anexa ao Projeto de Lei nº 3.627/04, além de não se harmonizar com o princípio da igualdade, um dos pilares da Constituição da República, contraria frontalmente o texto da Convenção antes transcrita. Ora, sem sombra de dúvida, a Convenção subscrita pelo Brasil veda terminantemente qualquer tipo de tratamento diferenciado com base na cor da pele ou na origem. Trata-se de disposição com *status* constitucional de direito fundamental, que não pode ser modificada sequer por emenda à Constituição.

Continuando, já na parte específica destinada à educação, a Constituição da República, no art. 206, inciso I, determina que um dos princípios que rege o ensino é a *igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*; o inciso VII diz que haverá garantia de *padrão de qualidade*. O art. 208, no que diz respeito especificamente ao ensino superior, determina no inciso V que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, *segundo a capacidade de cada um*. É óbvio que origem social e cor da pele não podem ser utilizados no Brasil como critérios aptos a serem considerados no momento da seleção para admissão no ensino superior. O professor Mello (2004), dissertando especificamente sobre os critérios para identificação do desrespeito à isonomia, assim se manifesta:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen

a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se já justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

No ordenamento constitucional brasileiro o sistema de quotas para minorias raciais, ao se basear na cor da pele ou na escola originária do candidato, não adota um ingrediente objetivo válido e não possui explicação racional, porquanto o STF já declarou que não existem raças humanas diferentes, mas apenas cor da pele diversa. O sistema de quotas também não se harmoniza com o ordenamento constitucional brasileiro; antes o contrário, viola literalmente os direitos fundamentais do cidadão assegurados a todos pelos tratados e convenções internacionais aos quais o Brasil aderiu.

6. Superação dos preconceitos e concretização da Constituição

Sem sombra de dúvida um dos maiores preconceitos que infelizmente ainda presenciamos no Brasil é o sexismo. Apenas o Código Eleitoral de 1932 estendeu a cidadania eleitoral às mulheres. Somente em 1962 a mulher casada deixou de ser considerada civilmente incapaz, com a edição da Lei nº 4.121/62, o chamado Estatuto da Mulher Casada, publicada quase dois séculos após a revolução liberal. Porém, o art. 5º, inciso I, da Carta Política da Nação, não deixa mais qualquer dúvida ao estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos dessa Constituição.

Conseqüentemente, o que se viu nos últimos anos foi um grande avanço das conquistas femininas. A mulher ganha exatamente igual ao homem quando se submete a concurso público, diferentemente do que acontece ainda, lamentavelmente, no mercado de trabalho da iniciativa privada, como é público e notório. Apenas para exemplificar, nos últimos dez anos, todos os primeiros lugares do concurso público para o ingresso na Magistratura do Estado de Minas Gerais foram ocupados por mulheres. Duas brilhantes juristas ocupam hoje a cadeira de Ministra do Pretório Excelso. Ou seja, a ilação obrigatória é que equiparar a mulher juridicamente ao homem produziu e está produzindo mudanças profundas na composição do Poder. É um fato constatado.

Assim, considera-se que editar uma lei em sentido formal e estrito, considerada ato legislativo emanado do Poder competente para editá-lo, novamente separando as pessoas com base na cor da pele é um odioso retrocesso de mais de cem anos, além de ser flagrantemente inconstitucional. Ora, problemas culturais e antropológicos devem ser resolvidos com base na movimentação da sociedade e das autoridades constituídas. Ambas devem se insurgir contra o não-atendimento daquilo que está previsto no nosso ordenamento consitucional como sendo uma decisão fundamental da Nação, possuindo embasamento no princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Carta Política.

As leis não se prestam para resgatar supostas dívidas do passado, incentivando disputas que, em verdade, deveriam ser desprestigiadas. Considero que as leis devem ser voltadas para o futuro, evitando distorções que violem o princípio da impessoalidade. No precedente já transcrito no presente estudo o Pretório Excelso deixou isso muito bem claro ao repudiar qualquer tipo de possibilidade de separação com base em *raça*, bem como ao indicar os efeitos nefastos produzidos pela segregação oficializada.

Além disso, acredita-se que não se deve, jamais, absolver qualquer escola, seja pública ou privada, da obrigação de fornecer formação de qualidade para os seus alunos. O raciocínio contrário admite uma política educacional que viola a Constituição, o que beira o absurdo. Vale transcrever trecho de reportagem publicada na Folha de São Paulo, no dia 26.07.2006, de autoria de Balduino (2006), Secretário-executivo da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior – Andifes:

A solução passa pela educação cidadã de todos, e não pela separação legal entre brancos e negros. Se assim fosse, qual a justificativa para não estabelecer cotas raciais para todos os concursos públicos? Nas empresas? Nos partidos? E nos Paramentos? Estes sim, com a obrigação de representar o perfil da sociedade brasileira. Mas, se por hipótese, na tentativa de inclusão, instituíssemos essa regra em todos os ambientes sociais e de Estado, estaríamos resgatando uma dívida ou segmentando definitivamente a sociedade? O que impedirá restaurantes, ônibus, locais públicos em geral de separar lugares para ‘beneficiar’ negros?

A Comissão de Constituição e Legislação do Senado, deliberando sobre matéria eleitoral, proclamava que “[...] o defeito não está nas leis, e sim nos costumes [...]”. Os costumes não se corrigem tão prontamente como se alteram as leis” (LIMA SOBRINHO, 1995). Sem mais injustificáveis atrasos, é mister que se exija o cumprimento dos compromissos assumidos no texto constitucional, que completou

dezoito anos no dia 05.10. Os planos decenais de ensino elaborados no ano passado nos municípios mineiros têm de ser observados. A secretaria estadual de ensino de Minas Gerais informa que a universalização do ensino fundamental atingiu quase cem por cento das necessidades. Cabe agora fazer o ensino de qualidade. Como?

Mediante a movimentação da sociedade e do Ministério Público, que deverá provocar o Poder Judiciário, se se preferir o caminho demandista, ou então mediante articulação dos Poderes Executivo e Legislativo, se se decidir optar pelo caminho resolutivo. Precedentes existem. Já decidiu o egrégio STJ (BRASIL, 2003a), que, na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

Adiciono outro caso (BRASIL, 2003b) em que fora reconhecida a legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, que se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, bem como o oferecimento de tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. Para finalizar, acrescento-se trecho de excelente livro publicado pelo Juiz Federal Cunha Júnior (2004, p. 461), Doutor em Direito Constitucional:

A inconstitucionalidade por omissão de políticas públicas, sindicável incidentalmente por meio de ação civil pública, descortina-se ante uma abstenção indevida do poder público em ofertar, por exemplo, educação gratuita à criança e ao adolescente, saúde pública a todos, assistência aos carentes, possibilidade de integração ao deficiente, proteção ao patrimônio histórico e cultural, proteção ao meio ambiente, proteção ao idoso e demarcação das terras indígenas. É nesse contexto que se defende o controle judicial da constitucionalidade dos atos e das omissões relativas à implementação das políticas públicas, para tanto sendo extremamente útil a ação civil pública.

[...]

Em suma, o controle judicial da constitucionalidade das políticas públicas tem por fim justamente o confronto de tais políticas com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo. E a ação civil pública, reitere-se, apresenta-se como um expedito e amplo remédio para atingir esse desígnio.

7. Conclusão

As ações afirmativas são essenciais em países que existem iniquidades, especialmente no Brasil, onde proliferam as omissões públicas e administrativas. Porém, o ordenamento constitucional brasileiro não admite a adoção de quotas para minorias raciais, com o intuito de possibilitar o seu ingresso na faculdade, uma vez que essa política contraria frontalmente o princípio constitucional da igualdade, seja por causa do estabelecido na Constituição da República ou em consequência da adesão do Brasil aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Essa inconstitucionalidade está pacificamente assegurada nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, país cujo passado histórico revela uma luta em prol da implementação dos direitos das minorias raciais.

A sociedade brasileira e os Poderes da República têm de implementar de imediato as medidas necessárias à concretização dos compromissos assumidos no Texto Constitucional e proporcionar educação de qualidade a todos os interessados em obtê-la. A omissão que acaso se verificar autoriza que o Ministério Público, em defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, provoque os Poderes da República, em especial o Poder Judiciário, requerendo seja oferecida intervenção apta a compelir o Poder Executivo a direcionar verba do orçamento para que o ensino fundamental de qualidade seja oferecido para a população de maneira universal.

8. Referências Bibliográficas

BALDUÍNO, Gustavo. Cotas com qualidade para escola pública. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2607200608.htm>. Acesso em: 24 ago. de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 493.811/SP. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro de 2003a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 429570/GO. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro de 2003b.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARNER, Bryan A. Disponível em: <http://web2.westlaw.com/welcome/LawSchoolPractitioner/default.wl?bhcp=1&FN=%5Ftop&MT=LawSchoolPractitioner&rs=LAWS2%2E0&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0>. Acesso em: 21 out. 2006.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. Sistemas eleitorais e partidos políticos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1956, p. 62 apud Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, v. 159, p. 24-25, jul./set. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. segunda tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.